Luis Eduardo Patrone Regules

Terceiro Setor

Regime Jurídico das OSCIPs

SÃO PAULO

PREFÁCIO

Coube-me, após ter sido a orientadora da Dissertação de Mestrado do Luis Eduardo Patrone Regules, elaborar, com muito prazer, esta apresentação ao público leitor.

Luis Eduardo, exatamente com este trabalho, tornou-se Mestre em Direito do Estado (subárea de Direito Administrativo), depois de excelente defesa perante Banca Examinadora percuciente, constituída pelos Professores Silvio Luís Ferreira da Rocha e Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

A defesa da Dissertação possibilitou ao jovem Mestre a atribuição de todos os créditos para o doutoramento. Apesar de ainda ser bastante jovem, Luis Eduardo já tem excelente currículo, sobretudo na área específica do Direito Público, senda que tem trilhado desde formado.

Antes de integrar importante escritório de advocacia como Advogado Associado atuando na área do Direito Público, foi Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Assistência Social por dois anos. Anteriormente, já havia ocupado outras importantes funções públicas. Portanto, verifica-se sua predileção especial ao estudo e desempenho do Direito Público em que procura, cada vez mais, se especializar.

A obra ora lançada, *Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPS*, aborda um dos novos capítulos do direito administrativo, ainda pouco versado.

Vejamos, ainda que resumidamente, a obra. Inicialmente, traça o autor a distinção entre as OSCIPS a as Organizações Sociais,

destacando que o *terceiro setor* é formado por organizações privadas sem qualquer manifestação do Estado, sendo necessário apenas perseguir fins públicos e não terem fins lucrativos.

Ressalta a atividade de fomento do Estado, tão pouco estudada ainda. Assinala, o que é muito importante, o fato de o *Estado Subsidiário* não poder induzir à substituição da prestação estatal de serviço público. Preocupa-se de o desenvolvimento ser aliado à justiça social. Portanto, devem as OSCIPs ter atuação colaboradora com a ação estatal.

Entende que será obrigatória, portanto não facultativa, a perda da qualificação de OSCIPs, sempre que não mais se verificarem os pressupostos fáticos descritos na lei que permitiram essa qualificação.

Destaca a responsabilidade do Estado pelos atos das OSCIPs, em regra subjetiva, porque decorrente de dolo ou culpa, fundamentalmente de negligência na fiscalização da parceria.

Conclui que "as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não são fins em si, mas instrumentos destinados à implementação de iniciativas privadas de interesse público, no bojo da atividade administrativa de fomento e, ainda, em incondicional conformidade com o modelo constitucional do *Estado Social e Democrático de Direito*".

Embora parcialmente descrita a meritória obra do autor, já é possível verificar sua vocação de estudioso do Direito Público e sua seriedade científica.

Enfim, a obra merece ser lida e figurar na biblioteca dos estudiosos do Direito, particularmente do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em especial.

São Paulo, 10 de novembro de 2005.

Lucia Valle Figueiredo

SUMÁRIO

AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO ("MARCO LEGAL DO TERCEIRO SETOR") NA ORDEM SOCIAL BRASILEIRA

4.1 CONCEITO E NATUREZA DAS OSCIPS

As pessoas jurídicas de direito privado por si só não explicam o novo fenômeno relativo às Organizações da Sociedade Civil de

Interesse Público. Torna-se indispensável acrescentar que a pessoa jurídica será objeto de *reconhecimento do Poder Público* mediante título jurídico especial que ateste o caráter público das mesmas.

Com efeito, estas organizações são criadas e desenvolvem suas atividades sob o manto das regras de Direito Privado, derrogadas por força de normas originárias do regime de Direito Público. Seus objetivos, vale observar, não refletem simples interesses privados, mas a tutela de valores e interesses públicos conforme previsão legal.

A matriz destas organizações repousa no modelo das associações e das fundações. Seja a união permanente de pessoas em prol de interesses comuns e lícitos, seja, ainda, a afetação de bens por escritura pública ou testamento às finalidades específicas (e também lícitas), a gênese destas organizações vem regulada pelo Direito Privado.

Num segundo momento, ocorre o *reconhecimento*, a *titulação* originária do Poder Público por meio de provimento administrativo específico cuja declaração visa atestar as atividades desempenhadas pelos particulares de interesse público.[1]

Neste aspecto, cumpre assinalar que não basta o substrato privado (associação, sociedade sem fins lucrativos ou fundação) para a caracterização das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Um critério misto (privado/público) haverá de nortear o entendimento global destas organizações do *terceiro setor*.

O substrato privado, mesmo acompanhado da caracterização "sem fins lucrativos", não revela por si só a gênese nem a magnitude destas instituições civis. Falta-lhe o elemento *público*, o substrato peculiar que somente as normas de direito público podem atribuir. As organizações do *terceiro setor* ganham *status* jurídico próprio a partir do válido reconhecimento pelo Poder Público.

Nesta seara, a legislação desempenha função primordial. Nem os mais altivos e generosos propósitos perseguidos pelos particulares seriam considerados de relevância pública para o Direito sem a manifestação do legislador.

O reconhecimento pelo Estado de determinadas atividades como de relevância pública, a ampliação da esfera jurídica dos

---

[1] (Cf. item 3.3.4.1.4 – *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público*, Capítulo 3).

particulares (*privilégios* e *vantagens*) e a correspondente imposição de restrições especiais, relativas aos serviços sociais desempenhados por certas organizações privadas assim qualificadas, não prescindem da prévia regulação mediante ato oriundo do legislador.[2]

Destarte, a lei, fonte de direitos e obrigações, configura-se como instrumento indispensável na demarcação do significado das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, assim como do regime jurídico ao qual se submetem.

É o legislador, portanto, que detém o título jurídico (constitucional) para delinear o que seja entidade de utilidade pública, Organização Social, Organização da Sociedade Civil, etc.

Contudo, a lei não define o que é Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. A lei (9.790/1999), fundamentalmente, fixa as regras que delimitam o universo de entidades candidatas à qualificação especial, os objetivos a serem por estas perseguidos, a forma em que se desenvolve a atividade de fomento, as espécies de controle, etc. No entanto, a lei não declara qual o significado de Organização da Sociedade Civil. A sua definição depende do processo de interpretação, portanto daquilo que a compreensão do jurista concluir a partir da análise dos elementos fundamentais contidos na lei.

É sabido que o legislador não se aventurou a oferecer uma definição acerca destas organizações do *terceiro setor*. As construções doutrinárias ainda estão pouco sedimentadas. Além disso, não há aqui a pretensão de formular um conceito que seja único, conclusivo, definitivo. Basta-nos, para fins do presente estudo, a apresentação de significado de cunho *operacional*.

Deste modo, definimos as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público como sendo:

As pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, destinadas ao cumprimento de serviços de interesse público, colaboradoras da ação estatal nas áreas sociais definidas pela Lei 9.790/1999, criadas e geridas exclusivamente pelos particulares, qualificadas e continuamente fiscalizadas pelo estado, sob a égide de regime jurídico especial – adoção de normas de direito privado com as derrogações originárias do regime jurídico de direito público.

[2] Conforme o artigo 5.º, inciso II da Carta Magna: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei".

De plano, a referida definição nos remete aos elementos essenciais destas organizações do *terceiro setor*. Apenas as *pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos* e, o que é de suma relevância, as que exerçam atividades *reconhecidas como de interesse público* integrarão esta nova categoria de entidades sociais.[3]

Estas organizações privadas atuam em colaboração com o Poder Público, não há delegação de serviço público ao particular (*permissão, concessão*). O particular desempenha atividades em áreas cuja titularidade não seja estatal.

A colaboração resulta da soma de esforços materiais e humanos entre o Poder Público e as indigitadas organizações privadas, a fim assegurar a prestação de serviços de relevância pública à sociedade.

A lei delimita as áreas de atuação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (*promoção da assistência social, promoção da cultura, promoção gratuita da educação, promoção gratuita da saúde*, etc.). É bem verdade que o legislador fixou amplamente os objetivos destas organizações, contudo o acesso ao título jurídico fica circunscrito às que desempenhem atividades relacionadas com os objetivos da lei (art. 3.º) e, ademais, não vedadas pela mesma (art. 2.º da Lei Federal 9.790/1999).

Elas são criadas e, ao contrário das Organizações Sociais, geridas totalmente pelos particulares. Os atos decisórios originários das OSCIPs, entre eles, a criação da pessoa jurídica, a formulação do requerimento de qualificação ao Poder Público e as deliberações relativas ao funcionamento, dizem respeito única e exclusivamente à vontade dos particulares.

A criação e o funcionamento delas independem da vontade estatal, ressalvado o ato de *reconhecimento*, portanto, não se igualam aos entes da administração pública indireta.[4]

[3] Vale ressaltar: todas as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos; mas, nem todas as pessoas jurídicas de direito privado integram o universo das OSCIPs. É essencial a consecução pela entidade social de objetivos que apontem para o relevante interesse social delineado pela ordem jurídica.

[4] O Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná no Recurso Eleitoral 3452 (Relator Dr. Fernando Quadros da Silva), ao tratar especi-

Os processos de qualificação das entidades sociais interessadas e de fiscalização de suas atividades dependem de atividade estatal. A outorga do título jurídico representa provimento constitutivo na medida em que faz nascer nova situação jurídica, o primeiro passo para o desenvolvimento da atividade administrativa de fomento (na seqüência, terá a possibilidade de obter eventuais vantagens fiscais previstas em lei e, sobretudo, celebrar o termo de parceria). Do mesmo modo, o Estado ao atribuir uma qualificação, vantagens e privilégios, bem como encargos especiais – dito em outras palavras, ao conferir a determinadas entidades um *status* próprio daqueles que se dedicam à prestação de serviços de relevância pública –, incumbe-se, em contrapartida, da permanente fiscalização às atividades por elas desempenhadas a fim de constatar se há ou não manutenção de seus objetivos sociais e se os recursos públicos são regularmente aplicados de acordo com os encargos e obrigações ajustados.

De mais a mais, a definição ora apresentada alude a atividades *sob a égide de regime jurídico especial* (conforme será tratado em separado no item 4.5 deste capítulo). Com efeito, não se sustenta a pura aplicação das regras de Direito Privado às Organizações da Sociedade Civil, a começar pelo ato de qualificação que nos remete às normas de Direito Público.

Os princípios constitucionais da administração pública a que se submetem estas organizações do *terceiro setor*, conforme estatui a legislação específica (art. 4.º, inciso I), denotam abertamente que a adoção de normas de Direto Privado sofre derrogações originárias do regime de Direito Público.

Por fim, vale observar que alguns destes elementos básicos que, a nosso ver, compõem a noção de OSCIPs, permeiam os tópicos

---

ficamente de OSCIP, firmou entendimento de que tal figura não se confunde com a administração direta e indireta, cuja ementa soa: "Recurso Eleitoral. Desincompatibilização. Desnecessidade. 1. Não se equipara a detentor de cargo na administração pública direta ou indireta pessoa que tenha emprego em associação civil, de natureza privada [OSCIP], portanto. 2. Mesmo que receba recursos públicos, a natureza jurídica da entidade não se modifica. Necessária a análise de outros requisitos, que, em conjunto, apontarão para a caracterização do serviço como sendo público. Todavia, não é o caso da recorrida. 3. Recurso improvido".

seguintes acerca da exposição desta espécie de organização não-governamental.

4.2 A OSCIP COMO MEIO PARA A CONSECUÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público é uma criatura privada. Os particulares se reúnem ou, ainda, o instituidor afeta um patrimônio para a consecução de determinados fins lícitos por ele eleitos (*fundação*), sempre sob o influxo do direito à liberdade norteador das ações dos indivíduos, marcado pelo dinamismo e a criatividade, entre outros atributos.

Não obstante, nem toda atividade particular desprovida de caráter lucrativo interessa a estas organizações do terceiro setor. Se porventura os particulares reunirem esforços para uma atuação voltada ao *benefício mútuo* (de interesse restrito aos sócios, associados), não há como se deflagrar a criação e o funcionamento das OSCIPs. No entanto, caso os objetivos perseguidos pela organização privada atendam ao interesse público, no bojo de atividades previstas em lei especial, haverá sim possibilidade para a instalação e o desenvolvimento desta espécie de organização do *terceiro setor*.

Daí se observa que as organizações do terceiro setor, como as OSCIPs, não se revelam como fins em si, mas *instrumentos*, *meios* de que dispõe o Homem para atingir determinados resultados almejados socialmente.

Parece-nos que não predomina a noção instrumental apenas no que se refere ao Estado. Se o Estado *é um meio e não um fim*, conforme ditosa idéia-chave de Ataliba Nogueira, torna-se cabível observar que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Púbico não possuem caráter menos instrumental que o Estado. Dito em outras palavras: não apenas o Estado revela-se como meio vinculado a um fim; também os particulares criam instituições voltadas ao atendimento de finalidades das mais variadas, entre elas destaquem-se as que têm em mira a tutela de interesses da coletividade.

Todo instrumento aponta para um fim. A Constituição impõe às organizações do *terceiro setor* a consecução de objetivos considerados fundamentais.

A Carta Magna não fixou apenas aos Poderes Públicos a missão de perseguir o *desenvolvimento* e a *justiça social*. Cabe aos indivíduos, isoladamente ou em grupo, promover, no âmbito de suas atividades, estes objetivos fundamentais da República.

Numa visão ainda vetusta e discrepante acerca dos preceitos constitucionais, teríamos tão-somente o Estado a cuidar do que genericamente conhecemos como os "problemas sociais", enquanto, os particulares – o chamado "mercado" – a lidar com as atividades estritamente econômicas.

Não é, contudo, esta elementar divisão de tarefas e objetivos a que prevalece na sociedade moderna e, sobretudo, no Direito. Sem distender demais esta temática, cumpre destacar que as atividades desempenhadas sob a égide da ordem econômica, típicas, portanto, dos particulares, devem assegurar a todos existência digna e em conformidade com os *ditames da justiça social*, observados os demais princípios encartados no artigo 170 da Carta Magna.

Ao se considerar os preceitos constitucionais relativos ao modelo de Estado brasileiro, não há como ignorar que as noções de *Estado Social* e *Estado Democrático* (componentes do Estado Social e Democrático de Direito) repercutem também na atuação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Com efeito, a colaboração destas organizações privadas com o Poder Público é reveladora da participação da comunidade na prestação de serviços sociais. A chamada *Administração Participativa* não prescinde de mecanismos pelos quais os particulares, por intermédio, *verbi gratia*, das OSCIPs, cooperam para a implementação de políticas sociais e de atendimento à população (Estado Democrático).

Da mesma forma, o modelo de Estado Social, marcado pelo *intervencionismo em prol da concretização de condições existenciais mínimas e dignas para todos os seres humanos*,[5] não colide com a intensa atuação dos particulares. O *Estado Social* não preconiza uma sociedade "acanhada". Os indivíduos participam ativamente da construção das realizações e metas sociais amparadas pela Lei Maior.

A colaboração das Organizações da Sociedade Civil com o Poder Público, por sua vez, não há de ser considerada como uma forma de atuação substitutiva. Ao contrário, a ordem social confere

[5] Tratamos da noção de *Estado Social* no item 1.1.3 do Capítulo 1.

respaldo às atividades particulares em caráter complementar, sem abrandar o alcance do princípio da subsidiariedade como fator de regulação para a fiel consecução do interesse público (conforme mencionado anteriormente no Capítulo 2 sobre o *Terceiro Setor* e o *Estado Subsidiário*, especialmente nos itens 2.3.2, 2.3.3 e 2.3.4).

Haverá prestação direta de serviço social pela Organização da Sociedade Civil sob o auspício do Poder Público (termo de parceria). No entanto, tal premissa não tem o condão de apartar o Poder Público do atendimento direto à população no tocante aos serviços sociais. Caso não se revele suficiente, adequado e eficaz às necessidades humanas o serviço prestado pelas Organizações da Sociedade Civil, a ordem social obriga o Poder Público a desempenhar diretamente referido serviço de relevância pública (subsidiariedade).

Neste contexto, a atuação das Organizações da Sociedade Civil revela-se "intensamente condicionada" pela ordem jurídica. É cediço que o Direito por si só não transforma a realidade humana, mas condiciona-a ao obrigar, facultar ou proibir certas condutas humanas. O agir do indivíduo sofre permanente condicionamento.[6]

Dizer que as indigitadas organizações privadas exercem atividade "intensamente condicionada" implica em reconhecermos, além da mera vedação a práticas ilícitas, a cogente promoção dos serviços sociais por elas prestados em níveis de quantidade, qualidade e segundo diretrizes lastreadas na ordem jurídica.

Mesmo mediante celebração de termo de parceria, as Organizações da Sociedade Civil, beneficiárias de recursos públicos, não estarão desobrigadas a cumprir as diretrizes impostas pela ordem jurídica para a prestação de determinado serviço social.

O plano nacional de educação (art. 214 da Carta Magna) trata, fundamentalmente, do desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e da integração das ações do Poder Público, voltadas à *erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento*

---

[6] A Constituição Federal assegura que *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei* (art. 5.º, inciso II). Evidente que o indivíduo é livre para obrar desde que observe os limites impostos pela Constituição e pela lei; o regime constitucional das liberdades implica inexoravelmente na observância a condições impostas pela própria ordem jurídica.

escolar, melhoria da qualidade de ensino, formação para o trabalho, promoção humanística, científica e tecnológica do País (incisos I a V).

Destarte, o termo de parceria para fins de promoção educacional celebrado entre Organização da Sociedade Civil e órgão da União Federal, na área de competência desta última, haverá forçosamente de observar as diretrizes delineadas pelo sistema normativo. Não tem respaldo jurídico o fomento do Poder Público no tocante a atividade de atendimento desempenhada por organização particular sem a fiel observância das regras atinentes à prestação deste serviço pelo próprio Poder Público.

Em suma: o termo de parceria não terá validade jurídica se contemplar cláusulas em afronta às diretrizes e regras de cujo cumprimento o Poder Público jamais haveria de se esquivar. Portanto, não há guarida para a celebração de termos de parceria em desobediência às diretrizes relativas à promoção humanística, tecnológica e científica, à formação para o trabalho, à própria qualidade de ensino, entre outras.

Vale observar, enfim, a nítida *confluência* de propósitos entre o Estado Social e Democrático de Direito e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Estes pontos comuns podem ser alinhavados nos seguintes termos: (a) as OSCIPs têm as suas atividades cotejadas com a ordem jurídica, portanto submetem-se ao controle, inclusive jurisdicional, e também detêm legitimidade para ingressar em juízo no sentido de salvaguardar interesses e direitos sociais e difusos (princípio da jurisdição peculiar ao Estado de Direito); (b) a colaboração destas organizações privadas com o Poder Público denota a influência da administração participativa na cooperação atinente à implementação de políticas sociais e ao atendimento da população; (c) ainda sob a perspectiva do modelo de Estado Democrático, torna-se cabível salientar que as aludidas organizações privadas também poderão integrar os Conselhos de Políticas Públicas mediante a escolha de representantes; (d) o modelo do Estado Social preconiza o intervencionismo em prol da concretização de condições mínimas e dignas para todos os seres humanos, não colidente, repita-se, com a intensa atuação desempenhada pelos particulares (OSCIPs) na promoção dos serviços sociais que, por sua vez, deverão ser prestados em níveis adequados de quantidade, qualidade e segundo

os princípios e diretrizes fixados no sistema normativo; (e) as OSCIPs também têm em mira a consecução do desenvolvimento e da justiça social (art. 3.º da Lei Maior)

As OSCIPs são, ao menos sob o aspecto de seu estatuto jurídico, vigorosos instrumentos para a consecução dos interesses públicos no Estado Social e Democrático de Direito. Resta, entretanto, aguardar os resultados decorrentes de seu desempenho ainda incipiente.

4.3 REQUISITOS LEGAIS PARA A CRIAÇÃO E A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS OSCIPS

Os requisitos legais para a criação e a qualificação jurídica das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público distinguem-se dos pressupostos de criação das pessoas jurídicas de direito privado. Confundi-los seria não traçar distinção entre categorias como o substantivo e o adjetivo.[7]

Com efeito, a criação de *pessoa jurídica de direito privado* (*sem fins lucrativos*), conforme expressão contida no artigo 1.º da Lei Federal 9.790/1999, revela a *substância* destas organizações privadas.

O "nascimento" das pessoas jurídicas de direito privado se dá a partir do registro (art. 45 do Código Civil) dos estatutos ou atos constitutivos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (arts. 114 a 121 da Lei 6.015/1973).

Após o referido evento, existirá juridicamente fundação ou associação civil, contudo sem qualquer tratamento especial pelo Poder Público em razão dessa condição.

Somente o reconhecimento estatal, após a existência da pessoa jurídica, poderá atribuir a determinada entidade social o título jurídico especial de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Antes disto, não há razão para se falar em OSCIP.

O Poder Público não institui pessoa jurídica no ato de qualificação da entidade social, apenas reconhece e atesta a existência de pressupostos de fatos, portanto acontecimentos pre-

[7] Nenhuma confusão pode haver entre o que designa a substância de uma determinada coisa ou fenômeno (substantivo) e a revelação de suas qualidades específicas (adjetivo).

téritos, que justapostos à parte descritiva da norma jurídica impõem a edição de referido provimento administrativo constitutivo, haja vista que implica no surgimento de situação jurídica nova.

Pode-se afirmar que a concepção da OSCIP propriamente dita ocorre mediante ato de *reconhecimento* pelo Poder Público, nos termos da lei, da outorga de título jurídico especial; contudo, a criação da pessoa jurídica antecede esta fase de qualificação.[8]

A Lei 9.790/1999 traça as exigências e as condições necessárias para a obtenção da qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como OSCIPs.

Os requisitos contidos nesta lei, apenas para fins didáticos, podem ser divididos em *finalísticos* e *formais*.

Com efeito, o artigo 5.º, antes de fixar alguns requisitos formais (documentos) a serem instruídos no requerimento escrito ao Ministro da Justiça (incisos I a V), alude ao cumprimento dos "requisitos dos arts. 3.º e 4.º desta Lei" pela pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos.

Nota-se a inclusão de requisitos finalísticos no artigo 3.º desta Lei e que, necessariamente, deverão constar do ideário das organizações privadas a fim de obterem o título de OSCIP.

O *caput* do dispositivo legal em tela prevê que o ato de qualificação deve observar o *princípio da universalização dos serviços* (*requisito finalístico*) pelo qual o atendimento será prestado a todos os que deles necessitarem, ampliando-se o ensino, a saúde, a capacitação para o trabalho, etc., aos segmentos sociais menos favorecidos.

Ao menos um dos requisitos finalísticos contidos no artigo 3.º (incisos I a XII) deve ser contemplado pelas entidades sociais candidatas ao título jurídico, como a *promoção da assistência social, a promoção da cultura, defesa do patrimônio histórico e artístico, a promoção gratuita da saúde (...), a promoção gratuita da educação (...), a promoção da segurança alimentar e nutricional, a defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável*, etc.[9]

---

[8] Conforme exposição constante do item 3.3.4.1 deste trabalho sobre os *títulos e certificados outorgados pela Administração Pública* (Capítulo 3).

[9] O rol exaustivo de objetivos a serem encartados entre as finalidades das entidades a serem qualificadas como OSCIPs consta do ponto n. 3.3.4.1.4, Capítulo 3.

Os objetivos a serem perseguidos pelas organizações privadas com vistas à qualificação de OSCIPs são nitidamente mais numerosos do que os exigidos para a obtenção de outros títulos, como, *verbi gratia*, o de Organização Social (OS), o que evidencia o extenso alcance social das OSCIPs.

Existe, ainda, outra categoria de requisitos finalísticos (art. 2.º) (*negativos*) aos quais as entidades candidatas *não* podem se dedicar sob pena de indeferimento do pedido de qualificação (art. 6.º, § 3.º, inciso I), como *as (...) destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios, as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito (...)*, etc..

Contudo, alguns requisitos de cunho formal – e assim preferimos denominá-los, insista-se, para melhor distingui-los dos *finalísticos* – implicam na disposição expressa nos estatutos das pessoas jurídicas de normas acerca da (art. 4.º): *observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, e da eficácia; a adoção de práticas de gestão (...) para coibir a obtenção (...) de benefícios ou vantagens pessoais em decorrência da participação no respectivo processo decisório; a constituição de conselho fiscal (...) para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais (...); a previsão em caso de dissolução da entidade da destinação do patrimônio líquido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta lei (...); a previsão no caso de perda da qualificação instituída nesta lei da transferência do acervo patrimonial adquirido com recursos públicos a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta lei (...); a possibilidade de introduzir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que prestem serviços específicos (...) respeitados os valores praticados pelo mercado (...); normas específicas de prestação de contas.*[10]

Conforme mencionado anteriormente, o artigo 5.º apresenta alguns requisitos formais relativos a documentos cujas cópias autenticadas devem constar do requerimento dirigido ao Ministério

[10] Quanto à prestação de contas exige-se a observância de princípios e das Normas Brasileiras de Contabilidade, publicidade do relatório de atividades e demonstrações financeiras, etc., realização de auditoria, inclusive, se for o caso, por auditores independentes, prestação de contas dos recursos e bens de origem públicos, nos termos do artigo 70 da Carta Magna.

da Justiça (*estatuto registrado em cartório, ata de eleição de sua atual diretoria, balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício, declaração de isenção do imposto de renda e inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes*).

Percebe-se, do rol de requisitos fixados na Lei 9.790/1999, que a qualificação das OSCIPs está subordinada à observância de critérios mais rígidos e objetivos do que os exigidos para outros títulos jurídicos (como, por exemplo, a *declaração de utilidade pública federal*), não havendo no ato de *reconhecimento*, acentuada reserva de *fluidez* e *subjetividade* para o administrador público.

Ademais, o legislador introduziu requisitos que uniformizam os critérios de seleção das organizações privadas a fim de racionalizar o desenvolvimento da atividade estatal de fomento, inibindo a liberação de vantagens ou benefícios de maneira pontual e casuística às organizações do *terceiro setor*.

Vale adicionar, ainda, conforme os requisitos ora analisados acerca das OSCIPs, que a legislação não inseriu exigências dotadas de excessivo rigor a ponto de embaraçar o acesso das entidades sociais ao referido título jurídico, apesar da existência de parâmetros legais bem delineados para a sua outorga.[11]

4.4 DIFERENÇAS ENTRE AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS) E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPS): UMA VISÃO CRÍTICA

Primeiramente, torna-se necessário alinhavar, em apertada síntese, alguns aspectos semelhantes destas duas categorias de organizações privadas.

Entre os pontos de afinidade dignos de nota temos: (a) o caráter não-lucrativo de ambas, sendo expressamente proibida a distribuição de bens ou parcelas de seus patrimônios entre seus dirigentes, associados e demais integrantes; (b) a possibilidade, no entanto, de remuneração dos dirigentes e daqueles que prestem serviços específicos, desde que respeitados certos limites que não desnaturem o

---

[11] Têm-se generalizado as críticas daqueles que lidam com as organizações do *terceiro setor* acerca das dificuldades e dos rigorismos existentes na obtenção do certificado de fins filantrópicos.

caráter não-lucrativo; (c) a prestação de serviços de relevância pública, e não o mero atendimento ao grupo restrito de sócios e associados (a legislação referente às OSCIPs trata expressamente da não qualificação de *entidades de benefício mútuo*); (d) a criação de títulos jurídicos específicos, bem como de instrumentos próprios de cooperação denominados *contrato de gestão* e *termo de parceria*, sendo que a distinção entre os últimos reside mais na nomenclatura do que nos seus elementos característicos fundamentais; (e) o estabelecimento de regras de desqualificação destas organizações privadas, bem como de controle de suas atividades dotadas de certa rigidez, ao contrário, *verbi gratia*, das entidades declaradas de utilidade pública.

A despeito de certo parentesco entre estas organizações privadas, existem acentuadas diferenças que certamente merecem destaque. Vale salientar pelo menos 6 (seis) distinções básicas dignas de referência.

O *primeiro* ponto a mencionar consiste no caráter *discricionário* da outorga do título jurídico de Organização Social, enquanto a atribuição da qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público possui estreita vinculação com os critérios instituídos pela lei. As primeiras serão qualificadas segundo o critério de "conveniência e oportunidade" do Ministro de Estado (art. 2.º, inciso II), o que evidencia concessão de liberdade ao administrador público pouco condizente com os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

A qualificação das OSCIPs, conforme mencionamos, depende do preenchimento, pela entidade social interessada, de requisitos delineados na legislação específica, assegurando-lhe um controle jurídico efetivo sobre referida atividade administrativa de cunho constitutivo. Não prevalece a vinculação absoluta do administrador, pois a lei, por vezes, deixa certa margem de liberdade à autoridade competente para a emissão do título jurídico, contudo a submissão aos limites delineados em lei torna-se mais vigorosa do que a estabelecida para as Organizações Sociais, evitando-se assim a adoção de expedientes contrários ao princípio da impessoalidade e tão condenáveis pelo nosso sistema normativo, como a perseguição ou, ainda, o apadrinhamento dos administrados.[12]

[12] Alguma margem de liberdade do administrador público remanesce na própria lei que não traz com *precisão absoluta* o que seria uma organização voltada à "experimentação" "de novos modelos socio-

O *segundo* ponto a ser enfatizado diz respeito à "flexibilidade" conferida novamente pelo legislador ao ato de desqualificação das organizações sociais, conforme prevê o artigo 16 da Lei Federal 9.637/1998 ("O Poder Executivo *poderá* proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão").

Parece-nos, todavia, que o descumprimento às disposições do contrato de gestão deveria ensejar a aplicação de alguma restrição ou, dependendo da gravidade da falta, a rescisão do contrato de gestão. No entanto, o legislador vinculou a manutenção deste título jurídico ao cumprimento deste instrumento de cooperação e, ainda, o fez conferindo uma *faculdade* à autoridade administrativa, não um *dever*.

A perda da qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público não exsurge da lei como uma faculdade, mas como dever, apesar do silêncio do legislador acerca das circunstâncias justificadoras deste provimento negativo (ou desconstitutivo).[13] Em que pese a lacuna legislativa nesta matéria, nenhuma dúvida deve gerar a obrigatoriedade de se impor a desqualificação da entidade social quando, *verbi gratia*, esta não mantiver algum atributo (requisito) indispensável à outorga deste título especial.

Neste contexto, não nos parece sustentável a conservação deste título jurídico se a entidade social participar de *campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais* (arts. 2.º, inciso IV, e 16 da Lei Federal 9.790/1999).

Portanto, o vazio de regramento nesta seara não é suficiente para impedir que a perda da qualificação das OSCIPs seja pautada dentro dos parâmetros de objetividade e segurança para os interessados.

É interessante observar, ademais, a possibilidade de iniciativa popular – ou, ainda, do Ministério Público – na deflagração do processo administrativo ou judicial tendente à perda da qualificação como OSCIPs. Evidencia-se a introdução de sistema típico de

---

produtivos" ou ao "... desenvolvimento de tecnologias alternativas ..." (incisos IX e XII do art. 3.º da Lei 9.790/1999).

[13] A legislação alude tão-somente às situações de erro ou fraude, conforme o artigo 8.º (Lei Federal 9.790/1999).

controle popular nas atividades desempenhadas por estas organizações do *terceiro setor*.

O *terceiro* aspecto assinalado alhures versa sobre a participação do Poder Público nos órgãos diretivos da organização privada no modelo das Organizações Sociais, enquanto nas demais se constata o exclusivo comando dos particulares.

As Organizações Sociais surgem e desenvolvem suas atividades sob intensa influência do Estado. Este modelo organizacional misto (privado – público), vale a pena realçar, não se confunde com o dos entes da Administração Pública Indireta, pois estes últimos são criados e extintos por *lei*, além de verem suas atividades submetidas ao controle direto da Administração Central conforme a lei dispuser, consubstanciado numa *supervisão* de mérito ou, ainda, de legitimidade.

De modo diverso, as Organizações Sociais dependem dos particulares para o ato de criação e, *prioritariamente*, para o seu funcionamento. A qualificação ou desqualificação das entidades sociais contempladas com o título jurídico não decorre diretamente de lei, mas de ato administrativo.

As entidades sociais ou, pronunciado de outro modo, as organizações do *terceiro setor*, são criadas e desenvolvidas fora do aparelho estatal. Tal premissa aplica-se também às Organizações Sociais; contudo torna-se relevante sublinhar a indigitada peculiaridade pouco usual nas entidades originárias da reunião permanente dos indivíduos: o compartilhamento da gestão das mesmas com o Poder Público, embora a participação deste seja minoritária.

Com efeito, o Conselho de Administração será composto por 20 a 40% de membros natos representantes do Poder Público (art. 3.º, inciso I, alínea *a*, da Lei Federal 9.637/1998).

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público também são concebidas pelos particulares e podem assegurar a participação de servidores públicos na composição do Conselho, nos termos do parágrafo único do art. 4.º (Lei Federal 9.790/1999), todavia não se submetem à ingerência estatal como a que decorre da Lei 9.637/1998.

Igualmente, a qualificação e a desqualificação das OSCIPs resultam da edição de ato administrativo e não diretamente da lei. Não há delegação estatal concernente ao exercício de funções

públicas, mas apenas a cooperação destas organizações privadas em atividades que não se configuram como de exclusividade estatal.

O modelo de gestão das OSCIPs não está imune a condicionamentos específicos decorrentes da lei na estrutura organizacional, como a *constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas* (art. 4.º, inciso III, da Lei Federal 9.790/1999); entretanto, o legislador federal manteve intactas estas Organizações da Sociedade Civil da ingerência do Poder Público.

No que se refere à supervisão dos trabalhos, coerente com o estilo de fortalecimento do Poder Público nas atividades das Organizações Sociais, o legislador pátrio estabeleceu que "os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, *por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente*, composta por especialistas de notória e adequada qualificação" (art. 8.º, parágrafo 2.º, da Lei 9.637/1998).

A Lei Federal 9.790/1999, ao inverso, estipulou que os resultados decorrentes da execução do termo de parceria "devem ser analisados por *comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público*" (art. 11, parágrafo 1.º).

A *quarta* diferença digna de nota se refere à expressa menção legal da cumulação do título jurídico das OSCIPs com outros, mas por prazo determinado (2 anos por força da redação original do parágrafo 1.º, art. 18 da Lei 9.790/1999).

Após o transcurso de referido prazo, caso a pessoa jurídica opte pelo título de Organização da Sociedade Civil, estará automaticamente renunciando aos demais títulos jurídicos (qualificações) (art. 18, parágrafo 1.º).

Se a pessoa jurídica se mantiver inerte, sem escolher entre um dos títulos jurídicos a ser mantido, perderá a qualificação obtida com base na Lei 9.790/1999.

A declaração de utilidade pública certamente traz benefícios mais significativos do que os decorrentes da atribuição do título de OSCIP às entidades assim reconhecidas. Decorre deste singular fenômeno criado pelo legislador, o risco de enfraquecimento da nova

categoria de organizações do *terceiro setor*, denominada Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

No entanto, o prazo de convivência entre títulos jurídicos foi estendido para 5 (cinco) anos, conforme salientado anteriormente, por força da Medida Provisória 2.143-32, de 2 de maio de 2001.

Vale assinalar, ademais, que esta convivência entre títulos jurídicos jamais ocorrerá se a entidade obtiver a qualificação de Organização Social. Faz-se oportuno recordar que as Organizações Sociais *não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público* (art. 2.º, inciso IX, da Lei Federal 9.790/1999).

A Lei 9.637/1998 adota postura diversa. O título de Organização Social não tem caráter exclusivo. A convivência com outros títulos jurídicos recebe o beneplácito da legislação específica.

Neste contexto, o legislador alargou o conteúdo desta qualificação atribuindo à pessoa jurídica, além do título de Organização Social, o de *utilidade pública*, nos moldes do artigo 11 (Lei Federal 9.637/1998).[14]

Outra distinção marcante – a *quinta* – consiste na imoderada atividade de fomento público dedicada às Organizações Sociais.

Com efeito, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público ficam habilitadas a receber recursos públicos e bens móveis, não havendo referência à destinação de bens imóveis como elemento de fomento e estímulo às atividades de relevância pública, apenas à utilização de recursos públicos para a aquisição de bens imóveis.[15]

---

[14] Art. 11. *As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.*

[15] A lei não deixa dúvida acerca das formas de fomento: (a) deverá constar dos estatutos a previsão, em caso de perda da qualificação, do destino do acervo patrimonial adquirido com *recursos públicos* (art. 4.º, inciso V); (b) previsão das despesas a serem realizadas com *recursos oriundos* ou vinculados *ao termo de parceria* (art. 10, § 2.º, inciso IV); (c) fiscalização a respeito da utilização legal e regular de *recursos e bens de origem pública* pela organização parceira (art. 12); (d) adoção de medidas cautelares em razão de malversação de *bens ou recursos de origem pública* (art. 13); (e) publicação de regulamento pela organização contendo procedimentos referentes a contratações e

Por sua vez, as Organizações Sociais ficam habilitadas a receber recursos públicos, inclusive orçamentários, e bens públicos (mediante permissão de uso) sem prévia licitação, além da cessão de servidores públicos e, ainda, a absorver atividades exercidas por entes da União Federal, bem como na utilização de bens imóveis (art. 22, inciso II).[16]

Não houve, portanto, tamanho zelo com o patrimônio público ao se instituir o modelo de fomento das Organizações Sociais, cuja destinação de bens, valores e transferência de atividades públicas dispensa, surpreendentemente, maiores controles e garantias de proteção ao patrimônio público (fala-se em *controle de resultado* em detrimento do controle de meios), inclusive o gravame de inalienabilidade no tocante a certos bens originários do erário público.

Por derradeiro, mais uma significativa diferença – a *sexta* – revela-se no expressivo campo de atuação das OSCIPs, enquanto as Organizações Sociais se dedicam a uma esfera mais restrita.

Neste aspecto, cumpre mencionar que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público perseguem objetivos sociais alicerçados na multiplicidade de entidades que compõem o *terceiro setor*.

---

aquisições com emprego de *recursos provenientes do Poder Público* (art. 14). (f) Por fim, o legislador ampliou a possibilidade de recebimento de *recursos provenientes da celebração do Termo de Parceria* para a aquisição pela organização de bem imóvel, contudo o patrimônio público restou acautelado na medida em que o indigitado bem será gravado com cláusula de inalienabilidade (art. 15).

[16] Os benefícios legais das Organizações Sociais podem ser sumariados nos seguintes termos: (a) recebimento de *recursos ou bens de origem pública* (arts. 9.º e 10); (b) recebimento de *recursos orçamentários e bens, mediante permissão de uso sem prévia licitação* (art. 12); (c) possibilidade de que os *bens móveis* permitidos sejam *permutados* por outros de igual ou maior valor (art. 13); (d) o Poder Executivo tem a faculdade de proceder à *cessão especial de servidor* para as organizações sociais, com ônus para a origem (art. 14); (e) recebimento de *recursos e veiculação de publicidade institucional de entidades de direito público* pelas entidades que absorverem atividades de rádio e televisão educativa (art. 19); (f) *absorção de atividades* desenvolvidas por órgãos e entidades e órgãos públicos da União (art. 20).

Estas entidades do terceiro setor se dedicam, repita-se, às mais variadas atividades, como promoção da *assistência social, cultura, educação gratuita, saúde gratuita, segurança alimentar e nutricional, defesa do meio ambiente, desenvolvimento econômico e social, combate à pobreza, incluindo-se as atividades voltadas à beneme-rência (voluntariado), etc.*

As Organizações Sociais assumem uma atuação menos abrangente, apesar do inequívoco interesse social a envolver suas atividades, especificamente nas áreas de *ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção ao meio ambiente, cultura e saúde.*

4.5 REGIME JURÍDICO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: REGIME JURÍDICO ESPECIAL

Desvendar o regime jurídico das OSCIPs implica em se descobrir qual a porção, a parcela de princípios e normas jurídicas aplicáveis a determinado fenômeno social.

Não existe, *a priori*, a eleição objetiva e indisputável pelo legislador da espécie de regime jurídico a que elas se submetem; todavia, podem ser detectadas pelo intérprete do Direito as várias "indicações legislativas" num ou noutro sentido.

Trata-se, sobretudo, de isolar o espectro de princípios e normas jurídicas peculiares que regulam um determinado objeto; no caso vertente, as atividades desempenhadas pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Vale observar, então, que os particulares investidos de funções delegadas, mediante, *verbi gratia*, os institutos da permissão e da concessão de serviço público, exercem atividades sob a égide, predominantemente, do regime de Direito Público. Neste caso, a titularidade da prestação destas utilidades públicas pertence ao Poder Público, portanto, aplica-se às referidas relações jurídicas um regime normativo característico, peculiar, o de Direito Público.

Por outro lado, as associações civis são constituídas e desempenham suas atividades estatutárias sob o manto do direito constitucional à *liberdade de associação*. Os membros destas pessoas jurídicas gozam da plena *liberdade de associação para fins lícitos*. Conseqüentemente, atuam com ampla liberdade sem, contudo, ferir

a lei. Conforme salientado outrora, o particular *pode fazer tudo aquilo que não seja vedado em lei*. O regime jurídico a elas aplicável é o do Direito Privado sob o influxo do princípio da autonomia privada.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são organizações privadas constituídas fora do aparelho do Estado e se dedicam, acrescente-se, ao desempenho de atividades não-exclusivas do Estado. Não há delegação de função pública. Portanto, permanecem, em princípio, alheias ao regime de Direito Público.

A adoção do regime de Direito Privado sofre derrogações oriundas das normas de Direito Público, afinal as OSCIPs submetem-se a condicionamentos, restrições especiais, bem como recebem vantagens não aplicáveis à generalidade das associações, sociedades civis sem fins lucrativos ou fundações privadas.

Destarte, não lhes quadra a vestimenta decorrente da adoção pura dos regimes de Direito Público ou de Direito Privado. Dito em outras palavras: o regime jurídico destas organizações do *terceiro setor* é dotado de *características mistas*. Mistas, pois emergem do direito à liberdade de associação e da autonomia privada (típicos dos particulares), assim como desempenham atividades qualificadas pela lei como de interesse público, submetendo-se, por conta disto, a controle especial diverso daquele a que se sujeitam os particulares cujos serviços atingem o universo restrito de associados.

No dizer do saudoso Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os "serviços impróprios do Estado" ("serviços de utilidade pública"), devido ao fim a que são dirigidos e ao alto número de pessoas neles interessadas, "são submetidos a disciplina jurídica especial".[17]

Os serviços sociais são desempenhados pelos particulares, mas regulamentados, autorizados e fiscalizados pelo Estado diante do interesse social envolvido.[18] Daí, tradicionalmente, o *caráter misto*

[17] Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Do serviço público, *Revista de Direito Administrativo* 21, p. 8. O Mestre lecionou, ademais, que "(...) na falta de tais serviços, por particulares, deve o poder público provê-los. Por isso, são exercidos até mediante certa regulamentação do Estado. Constituem atividades privadas, sujeitas à sua ingerência".

[18] Caso se dediquem a atividades voltadas ao ensino ou, ainda, à prestação de serviços na área da criança e do adolescente, entre outras, conforme salientamos oportunamente item 3.3.5, Capítulo 3), as OSCIPs, como qualquer organização privada qualificada com outro título

do regime jurídico a que se submetem as entidades prestadoras de serviços sociais.

As atividades das OSCIPs também apresentam características que as apartam de um regime jurídico puro.

Com efeito, suas iniciativas são desenvolvidas sob o influxo de princípios e regras privadas, como o princípio da autonomia da vontade do particular, o direito à liberdade de associação, à disponibilidade do interesse privado, postulados e preceitos de índole privada ou, ao menos, comumente aplicáveis às iniciativas privadas.

Todavia, existem vigorosas *indicações legislativas* no sentido da derrogação dos aspectos regulados prioritariamente pelo Direito Privado.

Salta à evidência que a observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência (art. 4.º, inciso I) por esta categoria de organização privada conflita com as regras nodulares de Direito Privado, conforme será abordado adiante.

Aliás, o regulamento que a OSCIP deve publicar com o procedimento a ser adotado na contratação de obras, serviços e compras oriundos de verbas públicas, observará os princípios fixados no artigo 4.º, inciso I, da Lei 9.790/1999 (art. 14).

O legislador, neste aspecto, traçou as bases para um regime jurídico misto ou especial, haja vista a observância pela OSCIP das seguintes regras inerentes ao sistema normativo, ora alinhavadas: (a) conjunto de princípios e regras fundamentais alocadas no cume da ordem jurídica (Constituição Federal); (b) a Lei 9.790/1999 e a legislação em geral, cujo fundamento de validade reside na Lei Maior; (c) os *estatutos* e o *regulamento* próprio, produzidos em observância às normas hierarquicamente superiores (arts. 4.º e 14).

Desta forma, tanto os estatutos quanto o regulamento versam sobre certos aspectos internos desta organização do *terceiro setor* e se originam de esferas jurídicas claramente distintas. O regulamento é tido tradicionalmente como ato administrativo abstrato,

---

jurídico, devem obter *autorização* para funcionar e, ainda, manter os serviços prestados de acordo com a regulamentação expedida pelo Poder Público.

enquanto os estatutos resultam da comunhão de vontades dos particulares.

Nenhuma dúvida pode pairar acerca da inclusão de institutos oriundos de distintos ramos do Direito. Há, uma vez mais, a evidência das *características mistas* do regime jurídico aplicável às OSCIPs em razão da mescla de instrumentos que regem aspectos internos destas organizações privadas.

Ademais, há inequívoca submissão destas organizações privadas a princípios de direito público, apesar da não submissão do particular ao princípio da *legalidade*[19] do mesmo modo que a administração pública. Contudo, o dispositivo da Lei 9.790/1999 visa intensificar o teor de subordinação das OSCIPs à lei. Diante do relevante interesse público tutelado por estas organizações privadas, pretende-se que suas atividades estejam cada vez mais atreladas às finalidades consagradas em lei.

Do mesmo modo, a *publicidade*, ao contrário do postulado vigente para as iniciativas particulares em geral, emerge como princípio adotado pelos estatutos das OSCIPs.

Estas organizações do terceiro setor não se demitem da proteção especial dispensada pela ordem jurídica aos particulares, como o direito à intimidade, aos sigilos consagrados em sede constitucional.

Simplesmente, não podem encobrir ou obstruir informações e dados relativos à qualificação como OSCIPs, às atividades relativas a referido título jurídico, assim como decorrentes da execução do termo de parceria e, ainda, acerca da utilização dos bens e recursos públicos a elas destinados para a consecução de seus objetivos sociais.[20]

Para as OSCIPs, a *transparência* não se configura como uma faculdade ou exigência *moral*, mas fundamentalmente como *dever*. Os beneficiários destas iniciativas de fomento, bem como os demais legitimados pela ordem jurídica poderão ingressar em juízo a fim de assegurar a efetiva submissão das OSCIPs ao princípio da publicidade.

---

19 Ver o item 3.3.4.1.4 sobre a *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público*, Capítulo 3.

20 Cf. referência ao princípio da publicidade – item 3.3.4.1.4 da *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público*, Capítulo 3.

Cumpre acrescentar que o funcionamento de entidade social sob o rótulo de Organização da Sociedade Civil depende de prévio reconhecimento oriundo do Poder Público (*qualificação*).

Igualmente, haverá provimento administrativo de cunho negativo caso a entidade não cumpra os requisitos necessários à manutenção do título jurídico, ou seja, será cabível a perda da qualificação como OSCIP.

É forçoso concluir que as atividades exercidas pelas OSCIPs estão sujeitas, nos limites da lei, ao condicionamento pelo Poder Público.

O regime jurídico especial revela-se na situação mais favorável introduzida pelo título jurídico às organizações privadas qualificadas (Poder Público destina-lhes bens e recursos como fomento às atividades de colaboração nas áreas sociais definidas em lei), e também no peculiar sistema de controle a que se sujeitam abarcando, inclusive, a perda da qualificação como OSCIPs,[21] neste caso pela expedição de provimento administrativo para fins de desconstituir situação jurídica (cunho negativo).

As OSCIPs, ademais, submetem-se a mecanismos de controle que extrapolam as técnicas tradicionais de fiscalização das iniciativas particulares de interesse social.

Neste âmbito, a legislação especial prevê o controle desta forma de fomento pelos Conselhos de Políticas Públicas, pois os mesmos detêm competência para opinar acerca da celebração do termo de parceria, além de fiscalizar a execução do termo de parceria (artigos 9.º, parágrafo 1.º, e 11).

Existem, por conseguinte, alentadas referências legislativas no sentido de se aplicar regime jurídico especial às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, consubstanciado na adoção de normas de direito privado com derrogações originárias do regime de direito público, fundamentalmente em razão da:

(a) observância aos princípios de direito público como o da legalidade, impessoalidade, publicidade, entre outros; (b) adoção de instrumentos internos que instituem regras a estas organizações do

---

[21] Paulo Modesto, Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil, *Jus Navegandi* 37, p. 5.

terceiro setor, originários dos distintos ramos do Direto (Direito Privado – Direito Público), como os *estatutos* e o *regulamento*; (c) *reconhecimento* do Poder Público (qualificação) e controle especial voltado, se necessário, para a perda do título jurídico; (d) outorga de vantagens especiais (recursos públicos), compatíveis com os encargos específicos, e também de controle peculiar, como o exercido pelos Conselhos de Políticas Públicas, em regra, exercido em consonância com a participação da sociedade.

No que se refere à responsabilidade pelos atos dessas organizações a regra, a nossa ver, é subjetiva, portanto será exigido dolo ou culpa. Com efeito, não se trata de delegação de serviço público, o que afasta como regra geral a responsabilidade objetiva das referidas pessoas jurídicas de direito privado (art. 37, parágrafo 6.º).

Tal regra de responsabilidade subjetiva poderá ser elidida nos casos especificados em lei ou, ainda, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (parágrafo único, art. 927 do Código Civil). Nestas hipóteses, conforme estipulado pelo Código Civil, haverá obrigação de reparar o dano *independentemente de culpa*.

Assim sendo, fica estabelecida a responsabilidade objetiva, além das hipóteses especificadas em lei, para todos aqueles cuja atividade represente risco às pessoas, sendo especialmente oportuno, nesta seara, acompanhar a construção decorrente da jurisprudência.

O Estado responderá se ficar demonstrada a negligência na fiscalização do termo de parceria, assim como o nexo entre essa negligência e o dano ocasionado a terceiro. Fala-se, portanto, em responsabilidade subjetiva na medida em que, além do nexo causal, haverá de se constatar a negligência do Estado.[22] Entendemos, ainda, que a falha na fiscalização pode tornar o Estado responsável solidário perante terceiros.

Por sua vez, a responsabilidade civil subjetiva dos administradores da organização decorre da prática de atos danosos com culpa ou dolo, no exercício de suas atribuições (art. 158, inciso I, da Lei Federal 6.404/1976). A responsabilidade civil objetiva

[22] Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro setor*, p. 165. O Prof. Sílvio Luís F. da Rocha aponta a responsabilidade subjetiva do Estado em tal hipótese no tocante às Organizações Sociais (OS).

deriva da violação à lei ou ao estatuto, nos termos da legislação societária (art. 158, inciso II, da Lei Federal 6.404/1976).[23]

Cumpre observar que haverá responsabilidade solidária do administrador e da organização em razão de ato ilícito praticado.

4.6 O TERMO DE PARCERIA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE INCENTIVO E FOMENTO ÀS ATIVIDADES PRIVADAS DE INTERESSE PÚBLICO

O termo de parceria traduz-se numa forma de fomento mediante o ajuste de cooperação firmado entre a Administração Pública e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

O referido instrumento jurídico-administrativo, cujo fim precípuo revela-se no incentivo às iniciativas privadas de interesse coletivo, integra um sistema de fomento público em que a etapa inaugural consiste na outorga do título jurídico de OSCIP.

A despeito da evidente semelhança substancial entre os convênios administrativos (Lei 8.666/1993) e o termo de parceria, afinal ambos traduzem acordos celebrados para a realização de interesses comuns dos partícipes, o último instituto jurídico somente poderá ser empregado para determinada categoria de organizações do terceiro setor, as qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Considerar-se-á afronta à legislação federal, a eventual celebração de *termo de parceria* por organização privada não detentora do título jurídico previsto na Lei Federal 9.790/1999 (art. 9.º). Com efeito, o eventual caráter discricionário da decisão voltada à celebração (ou não) do *termo de parceria*, não se espraia sobre todos os pressupostos objetivos deste ato administrativo na medida em que há nítida vinculação acerca deste tópico atinente ao *requisito procedimental*. Em suma, a prévia *qualificação* da organização privada torna-se indispensável para a produção válida do *termo de parceria*.[24]

---

[23] José Eduardo Sabo Paes, *Fundações e entidades de interesse social*, p. 343-4.

[24] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 363-370. Para este eminente administrativista, os pressupostos

Todavia, cumpre assinalar, quanto à formação do ato administrativo, que a qualificação da organização privada implica a edição de provimento constitutivo (unilateral), enquanto a celebração do *termo de parceria* consiste na produção de ato *bilateral* (ou negocial) resultante do acordo entre as partes (ou partícipes).

Este pertence, portanto, à mesma categoria (quanto à *origem*) de institutos dotados de *bilateralidade*, como o contrato administrativo, o convênio administrativo e a concessão de serviço público.

A celebração do termo de parceria incluirá a discriminação de "direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias" (art. 10), tornando-se imprescindível a "estipulação de metas e dos resultados a serem atingidos", além dos "prazos de execução" (§ 2.º, inciso II).[25]

O *termo de parceria* consiste na forma de fomento pela qual o Poder Público destina às organizações privadas qualificadas como OSCIPs recursos e bens públicos a fim de promover as iniciativas privadas de interesse público. Não há, como no chamado *contrato de gestão* das Organizações Sociais, previsão expressa da lei para a cessão de servidores públicos.

---

objetivos do ato administrativo, compostos do motivo e dos requisitos procedimentais, integram os fatores concernentes à validade do ato administrativo. O motivo diz respeito ao pressuposto de fato fixado em lei que faculta ou determina a produção de determinado provimento administrativo. Os requisitos procedimentais são atos que, também por força normativa, devem *preceder a um determinado ato.* Portanto, a *qualificação* como OSCIPs deve preceder a celebração do termo de parceria.

[25] Interessante observar que a Lei 9.790/1999 discrimina como uma das cláusulas essenciais do *termo de parceria*, a *estipulação de metas e dos resultados a serem atingidos* (art. 10, § 2.º, inciso II). Tais cláusulas permitem o que se convencionou denominar *controle de resultado.* No entanto, não parece condizente com o direito positivo a subtração de controle sobre os efeitos nos *convênios administrativos*, pois o legislador fixou como item indispensável as informações sobre as *metas a serem atingidas* (art. 116, § 1.º, inciso II, da Lei 8.666/1993).

No tocante ao termo "meta", selecionamos um dos significados conferidos pelo Dicionário Aurélio: *alvo, mira, objetivo* (*Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, p. 430).

Torna-se indispensável sublinhar, deste modo, que o instrumento jurídico em tela não proporciona mais vantagens do que aquelas relacionadas na própria Lei Federal 9.790/1999 (recursos e bens de origem público),[26] excetuando-se, contudo, os benefícios fiscais oriundos da legislação específica.[27]

Constata-se no *termo de parceria* o evidente equilíbrio entre as partes, na medida em que a sua celebração decorre da ingerência moderada do Poder Público no que se refere à formação da vontade pela organização privada – ao contrário do que ocorre nas Organizações Sociais – e os resultados alcançados com a execução do termo de parceria serão analisados por *comissão de avaliação* composta por membros designados pelas partes de *comum acordo* (art. 11, parágrafo 1.º).

Vale acrescentar, ainda, que a implementação de referido instituto jurídico não está imune a determinados pontos críticos.

Se as regras atinentes às OSCIPs conferem um tratamento mais claro e objetivo ao ato de qualificação do que o recebido tradicionalmente pelas organizações privadas sem fins lucrativos, deve-se buscar, mediante a interpretação constitucional, a adoção de critérios do mesmo naipe na escolha daquelas para a celebração do *termo de parceria.*[28]

Em verdade, não se constata a existência de critérios a indicar se a entidade social possui capacitação técnica e econômico-

[26] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 423. Para a Profa. Maria Sylvia, algumas características das OSCIPs podem ser alinhavadas, como o "fomento pelo Poder Público ou cooperação entre o Poder Público e entidade privada, não sendo especificadas na lei as modalidades de fomento ou cooperação; há apenas algumas referências a bens e recursos de origem pública".

[27] A dedução no imposto de renda das pessoas jurídicas do lucro operacional decorrente das doações feitas às OSCIPs integra o sistema de incentivo a referidas iniciativas privadas, mas prescinde, obviamente, da prévia celebração do *termo de parceria*, sendo suficiente para tanto a outorga da *qualificação* especial à organização privada. (Medida Provisória 2158-34, de 28 de julho de 2.001; referência à Lei Federal 9.249/1995). Vide os demais comentários no item 3.3.4.1.4 sobre a OSCIP.

[28] Cf. crítica ao modo de escolha das OSCIPs contempladas com a celebração do termo de parceria (item 3.3.4.2.3. – *Termo de parceria*, Capítulo 3).

financeira para enfrentar futuramente a contento o objeto da *parceria* e, além disso, a observância aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa na escolha da OSCIP *parceira*.

Com efeito, o legislador deixou certa fresta ao administrador público no ato de seleção da organização *parceira*. Por sua vez, o Poder Executivo, através do Decreto 3.100/1999, dispôs acerca da escolha da OSCIP para a celebração do termo de parceria, facultando à Administração Pública a publicação de edital de concursos de projetos (art. 23).[29]

Outro ponto sensível a merecer destaque diz respeito às regras de execução da *parceria*. Apesar da existência de sistema de controle da execução da parceria em que se prevê, inclusive, a atuação dos Conselhos de Políticas Públicas, não menos nebulosa configura-se a ausência de cláusulas a condicionar a liberação de recursos para assegurar o efetivo cumprimento do cronograma de execução ou, ainda, proibir a liberação em hipóteses em que não se comprove a regular aplicação dos recursos públicos, entre outras circunstâncias relevantes.

Torna-se oportuno registrar que a ausência de previsão legal no *termo de parceria* (Lei Federal 9.790/1999), acerca das hipóteses em que se tornaria legítima a suspensão da liberação de recursos a fim de salvaguardar o erário público, contrasta com o avançado tratamento conferido à matéria pela legislação dos *convênios administrativos* (Lei Federal 8.666/1993).

A despeito das pertinentes ressalvas, o *termo de parceria* inclui-se efetivamente entre os instrumentos de fomento do Poder Público e, ademais, constitui-se em meio dos mais pujantes no incentivo às iniciativas privadas de interesse público.

Somente após a sua implementação é que haverá condições de reunir elementos para um verdadeiro diagnóstico a respeito deste instituto jurídico. A análise da *eficácia social* e o próprio debate jurisprudencial darão a medida acabada dos avanços e, eventual-

---

[29] A solução condizente com os princípios da segurança jurídica e, sobretudo, da impessoalidade, considerada a ausência de parâmetros da Lei 9.790/1999, bem como o regulamento editado pelo Poder Executivo (Decreto 3.100/1999) em que se prevê que a indigitada escolha *poderá ser feita* por meio de publicação de concursos de projetos, remonta à *obrigatoriedade*, em regra, de realização pela Administração de aludido processo seletivo.

mente, das carências deste novo instituto, que, repita-se, guarda certas semelhanças com outros institutos, como o convênio administrativo e o contrato de gestão.

Por ora, pode-se afirmar categoricamente que o princípio da *subsidiariedade* emerge como um obstáculo a fim de que o *termo de parceria* não transforme as ações sociais do Poder Público no mero desenvolvimento de atividades de fomento em detrimento da prestação direta de serviços públicos. Cumpre registrar que o *termo de parceria* analisado à luz da lei específica que lhe conferiu existência, assim como do sistema constitucional brasileiro, não responde à lógica da *substituição*, mas ao critério da *complementaridade*, como instrumento voltado à implementação do *desenvolvimento* e da *justiça social*.

Ademais, tanto na celebração do *termo de parceria*, quanto na fiscalização de sua execução, os Conselhos de Políticas Públicas, compostos também por representantes da Sociedade, terão papel ativo, não apenas para conferir racionalidade às ações de fomento impulsionadas pelo Estado, mas, também, para assegurar a implementação do que se convencionou chamar de *Administração Participativa*, tópico a ser tratado em minúcia mais adiante.

4.7 DA FISCALIZAÇÃO E DO CONTROLE DAS OSCIPS

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são instituídas e atuam sob a vigilância do Estado a fim de que seja assegurada a conformação das suas iniciativas ao interesse público.

Neste aspecto, torna-se visível a existência de vigilância estatal em dois planos diferenciados decorrentes do exercício do (a) poder de polícia e (b) da atividade de fomento.

Versam, portanto, sobre duas atividades administrativas distintas. Por um lado, a que condiciona o exercício da liberdade e da propriedade nos limites da lei a fim de adequar a conduta do particular ao interesse público mediante a imposição em regra de abstenções (*poder de polícia*)[30] e, por outro, a atividade de auxílio

[30] A expressão "Poder de polícia", apesar de utilizada largamente pela doutrina, remete-nos a uma noção sujeita a imprecisões e influências indesejáveis. A denominação 'limitações ao exercício da liberdade e

e incentivo ao desenvolvimento das iniciativas particulares de interesse público (*fomento*), o que revela de modo acentuado a obrigação de fazer (*facere*) por parte das organizações privadas.

Com efeito, o exercício do poder de polícia pela Administração Pública independe da qualificação especial da entidade social como OSCIP, conforme veremos a seguir.

Em verdade, os "serviços públicos impróprios" (*serviços sociais*) são exercidos sem a delegação estatal, contudo ficam submetidos à regulação e à fiscalização próprias do poder de polícia.

A limitação pelo Poder Público, dentro da lei, ao exercício das liberdades particulares busca a ordenação da prestação de *utilidade pública* em prol do interesse coletivo. Trata-se, portanto, de impedir o perigo ou o dano a interesses e valores da coletividade tutelados pelo ordenamento jurídico em razão das iniciativas dos particulares.

---

da propriedade' revela de maneira mais adequada o fenômeno em tela. Vale observar que o Poder de polícia em sentido amplo abrange os atos oriundos do Legislativo e do Executivo, enquanto a chamada "Polícia Administrativa", portanto, poder de polícia em sentido estrito, revela-se na atividade exercida pelo Executivo (função administrativa). Outro ponto crítico, este oriundo da noção clássica de Pode de polícia, consiste na suposta obrigatoriedade de abstenção dos particulares decorrente desta atividade administrativa. Não é uma regra absoluta, a doutrina tem observado com precisão. Leciona Agustín Gordillo que o particular também haverá de cumprir obrigações de *fazer*. O ilustre administrativista argentino oferece alguns eloqüentes exemplos, como a obrigação de instalação de segurança contra acidentes, obrigação de vacinar-se, etc. (Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, p. XII – 15, t. 2).

Parece-nos, contudo, que o sentido de *abstenção dos particulares* remonta, sobretudo, à noção teleológica de poder de polícia. Trata-se do *fim*, da *meta* almejada pelo Poder Público. Com efeito, a sua pretensão consiste em condicionar o exercício da liberdade ou da propriedade pelo particular, isto é, *impedir* que este desempenhe atividade *sem* observar determinadas obrigações originárias da lei. Logo, se o particular realiza certa atividade sob a égide do princípio da liberdade econômica e, ademais, contrata funcionários para a sua empresa, caberá ao Poder Público, como finalidade última, *impedir* que aquele a exerça *sem* observar as exigências relativas à instalação de segurança contra acidentes.

Conforme mencionado oportunamente, o exercício da liberdade de ensino não prescinde de "autorização" nem de "avaliação de qualidade pelo Poder Público" (art. 209, inciso II, da Carta Magna).

Da mesma forma, as *entidades não-governamentais somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente*; sendo-lhes negado o registro, entre outras razões, em caso de *não oferecimento de instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança* (art. 91, parágrafo único, da Lei Federal 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente).

Há, conseqüentemente, a fiscalização do Poder Público no tocante a determinada atividade desempenhada pelo particular a fim de ordená-la, dentro da lei, em consonância com o interesse coletivo.

É óbvio que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), cuja atuação compreenda as áreas da educação, da criança e o adolescente, etc., estarão sujeitas à fiscalização do Poder Público por força das *limitações impostas ao exercício da liberdade e da propriedade* (poder de polícia). Vale sublinhar: estas e todas as demais organizações privadas, inclusive as Organizações Sociais (OS), que se dediquem ao cumprimento de referidas atividades.

Cumpre observar, outrossim, que as organizações do *terceiro setor* não dependem do Poder Público para adquirir tal condição. As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que busquem atender a interesses coletivos (não visem atividades de *benefício mútuo*), como aquelas que se dedicam à prestação de serviços de assistência social, saúde, atendimento aos idosos, à criança e ao adolescente, etc. estão livres e desimpedidas para a consecução de tais aspirações. Basta-lhes o preenchimento de determinados elementos característicos fundamentais (organizações do *terceiro setor*) e a sujeição à atividade administrativa consubstanciada no poder de polícia.

O *reconhecimento* estatal a certas atividades consideradas como serviço de relevância pública não se confunde com o poder de polícia, nem condiciona a existência das organizações do *terceiro setor*.[31]

[31] No item 3.3.5 deste livro (Capítulo 3), a respeito das formas de controle dos serviços sociais, é tratada a distinção entre o exercício do poder de polícia e o controle decorrente da atividade de fomento administrativo.

A aludida atividade administrativa em que se verifica a expedição de títulos jurídicos (*utilidade pública, certificado de fins filantrópicos, organização social, organização da sociedade civil de interesse público*), bem como a destinação de bens e recursos públicos como incentivo às iniciativas encampadas pelas organizações privadas de interesse coletivo compreendem o que a doutrina denomina de *fomento*.

No fomento também se fiscaliza, se controla; contudo, nenhuma relação guarda com o poder de polícia propriamente dito.

Trata-se não mais de se estabelecer barreiras ao exercício da liberdade ou da propriedade, mas de condicionar a atuação dos particulares aos termos do que restou convencionado no instrumento de cooperação e, por conseqüência, "marcar" os recursos e bens originários do Estado para as finalidades públicas perseguidas em comunhão com as organizações do *terceiro setor*.

A condição de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público pressupõe a adoção de provimento administrativo típico da atividade de fomento.

O Poder Público, ao desempenhar o fomento a estas organizações do *terceiro setor*, manifesta-se fundamentalmente da seguinte forma: (a) atesta o preenchimento e, posteriormente, a manutenção das condições que ensejam a produção do ato de qualificação; (b) verifica a efetiva implementação das obrigações contidas no *termo de parceria*.

No tocante à atividade de fomento, convém realizar a seguinte divisão em controle *interno* e controle *externo* quanto ao órgão estatal incumbido de referida missão.

Com efeito, o controle *interno* decorre da produção de provimentos consultivos e decisórios no âmbito da própria Administração Pública. Vejamos, sucintamente, as indicações constantes na Lei Federal 9.790/1999.

O preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 3.º e 4.º, bem como o requerimento escrito, dirigido ao Ministro da Justiça e instruído com os documentos relacionados no artigo 5.º desta Lei, asseguram à entidade social a obtenção do título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Mas não basta a outorga de referido título jurídico. Torna-se imprescindível o controle da Administração Pública acerca da

manutenção destes requisitos pela organização privada. Depreende-se, portanto, apesar da lacuna legislativa acerca deste ponto, que o Ministério da Justiça decretará a *perda* desta qualificação caso não mais perdurem no campo fático as condições passíveis de justificar a sua outorga, respeitado o princípio do devido processo legal. Trata-se, inexoravelmente, de controle *interno* na medida em que a própria Administração Pública o exerce.

Contudo, a aferição da plena regularidade do título mantido pela organização privada não prescinde do requerimento dos interessados. A própria Lei Federal 9.790/1999 estabeleceu os *legitimados* para tanto (artigos 7.º e 8.º). São eles: (1) a própria organização privada a pedido; (2) o *cidadão* (iniciativa popular); (3) o Ministério Público.

Ainda sobre o controle *interno*, observe-se que o termo de parceria sujeita-se às seguintes formas de fiscalização: (1) no tocante à celebração do instrumento de cooperação haverá prévia *consulta aos Conselhos de Políticas Públicas* (art. 10, parágrafo 1.º); (2) a execução do *termo de parceria* terá a fiscalização e o acompanhamento dos Conselhos de Políticas Públicas (art. 11, *caput*); (3) os resultados alcançados pela execução do *termo de parceria* serão analisados por *comissão de avaliação*, composta por membros indicados pelos partícipes, sendo o relatório encaminhado à autoridade competente (art. 11, parágrafos 1.º e 2.º); (4) outros mecanismos de controle social serão aplicados aos termos de parceria por força da legislação, conforme dispõe o parágrafo 3.º do artigo 11.[32]

Verifica-se a existência de controle *externo*, portanto aquele exercido fora da esfera da Administração Pública, mais precisamente no âmbito do Tribunal de Contas da União, como órgão auxiliar do Poder Legislativo, e do Poder Judiciário.

O Tribunal de Contas controla o termo de parceria no tocante à regularidade e legalidade da aplicação dos recursos e bens públicos,

---

[32] Existem mecanismos de controle social previstos na Carta Magna e na legislação aplicáveis ao regime das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. O direito à obtenção de certidões em repartições públicas para defesa e esclarecimento de situação de interesse pessoal (art. 5.º, inciso XXXIV, alínea *b*); a propositura de ação popular em face do Estado a fim de tutelar determinados valores e interesses da coletividade (art. 5.º, inciso LXXIII), entre outros.

conforme reza o artigo 12 (Lei 9.790/1999), mediante provocação dos "responsáveis pela fiscalização do termo de parceria".

Neste aspecto, entendemos que a noção de *legitimados* para instar o Tribunal de Contas ao controle do termo de parceria haverá de comportar acepção ampla, quer pela interpretação sistemática da Lei 9.790, quer pela aplicação dos preceitos encartados no Texto Constitucional.

Logo, a denúncia acerca de irregularidades ou ilegalidade oriundas da Administração Pública poderá ser encaminhada à Corte de Contas por "qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato", de acordo com o artigo 75, parágrafo 2.º da Carta Magna.

A despeito da interpretação literal que se faça da lei federal, sustentamos que o controle externo realizado pelo Tribunal de Contas não se restringe ao termo de parceria, mas abarca também o ato de qualificação da entidade como OSCIP, especialmente em razão da "renúncia de receita" que a outorga deste título proporciona, conforme analisamos oportunamente (dedução no imposto de renda das pessoas jurídicas, nos termos da Medida Provisória 2158-34, de 28 de julho de 2.001; Lei Federal 9.249/1995).[33]

A perda da qualificação pode se dar no âmbito judicial. Como se trata de aplicação da lei ao caso concreto, atividade sujeita ao exame de legitimidade pelo Poder Judiciário, os magistrados detêm competência para decretar a perda do título jurídico sempre que não mais se verifiquem os pressupostos fáticos descritos na lei para a sua emissão.

Os *legitimados* para ingressar em juízo são aqueles que detêm titulação para deflagrar o processo administrativo: (1) o cidadão; (2) o Ministério Público (artigos 7.º e 8.º).[34]

Vale assinalar, ainda, que ao Poder Judiciário cumpre apreciar a conformidade com a ordem jurídica tanto do ato de qualificação quanto da celebração e da execução do termo de parceria. A Carta Magna assegura ao cidadão a legitimidade para propor *ação popular*

[33] Com efeito, o artigo 70 da Lei Maior prevê o controle externo da União e das entidades da administração direta e indireta segundo os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, contemplada a "aplicação das subvenções e renúncia de receitas" (art. 70, *caput*).

[34] Não nos ocorre a hipótese (quase teratológica) em que a própria entidade social tenha que ingressar em juízo para obter a perda da qualificação.

em defesa do patrimônio público ou da moralidade administrativa (art. 5.º, inciso LXXIII), assim como se aplica à matéria vertente a Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal 8.429/1992), com as penalidades específicas impostas pelo órgão jurisdicional.

De mais a mais, o Poder Judiciário detém a competência para a "decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro" em razão de dano causado ao patrimônio público ou ainda de conduta que venha ensejar enriquecimento ilícito.

4.8 NATUREZA JURÍDICA E EXTENSÃO DO CONTROLE EXERCIDO PELOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS – ELABORAÇÃO DO TERMO DE PARCERIA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SOCIAIS

Os Conselhos de Políticas Públicas, expressão contida na própria Lei 9.790/1999, integram o sistema de participação popular na condução dos negócios públicos, cujo fundamento repousa no princípio do *Estado Democrático*.

Os referidos Conselhos de Estado, compostos por membros do Poder Público e da Sociedade, aproximam o processo de decisões públicas da vontade popular. Os representantes do povo passam a integrar as instâncias político-administrativas com o objetivo de influir na produção de provimentos cujos resultados interessam à coletividade como um todo.

Com efeito, a ordem jurídica abraçou mecanismo administrativo em que as deliberações oriundas do Poder Público pressupõem a participação popular ("participação orgânica").

Consideramos que a chamada *Administração Participativa* não contempla apenas a participação na tomada de decisões administrativas, mas também o controle exercido pela Sociedade dentro do aparelho estatal. Esta fiscalização não deve ser confundida com o *controle social do poder* (ou *controle popular*), pois a última nasce de fora para dentro do Estado e o seu exercício se dá tão-somente pelos particulares ou por organizações particulares.[35]

[35] Carlos Ayres de Britto, Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular", *Revista Trimestral de Direito Público* 2, p.

Conforme salientamos anteriormente, a participação antecede a tomada de decisão, enquanto o controle é exercido após a *formação de um novo querer normativo* do Estado. O primeiro diz respeito à participação dos indivíduos e da Sociedade no processo de formação das normas estatais, enquanto este último denota o exercício de atividade fiscalizadora.

Neste contexto, deve-se analisar a *natureza* e a *extensão* da atuação exercida pelos Conselhos de Políticas Públicas no âmbito das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Cumpre então indagar: o Conselho de Políticas Públicas, conforme previsão da Lei Federal 9.790/1999, exerce atividade concernente à participação propriamente dita ou, fundamentalmente, de controle do poder?

No âmbito das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público entendemos que prevalece a atividade de *controle* do poder pelos Conselhos de Estado, pois antes de se verificar a formação de um novo querer normativo, depreende-se do ordenamento jurídico, o exercício da fiscalização às utilidades públicas ou situações jurídicas criadas e fomentadas pela Administração Pública.

Os Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes recebem a atribuição de emitir opinião (*consulta*) acerca do termo de parceria antes de celebrado (Lei 9.790/1999, art. 10, parágrafo 1.º).

Com efeito, o parecer (ou a opinião) exarado por estes órgãos colegiados tem a função de propiciar o *controle* da atividade administrativa pelo próprio órgão do Poder Público.

Mesmo que a celebração do termo de parceria não esteja condicionada à prévia *aprovação* – e sim à prévia *consulta*, parece-nos razoável concluir que a manifestação destes órgãos colegiados torna-se exigência obrigatória para a produção válida do indigitado

---

82. Esse controle exercido de fora para dentro do Estado (*controle popular* ou *controle social do poder*) vem assegurado por direitos previstos na Carta Magna, como o de obtenção de certidões em repartições públicas para a defesa e esclarecimento de situação de interesse pessoal (art. 5.º, inciso XXXIV, alínea *b*) ou, ainda, o de propositura de ação popular em face do Estado, a fim de tutelar determinados valores e interesses da coletividade (art. 5.º, inciso LXXII).

instrumento de cooperação ("... a celebração do termo de parceria *será* precedida de consulta aos Conselhos de Políticas...").[36]

O ato produzido pelo Conselho de Políticas Públicas revela somente a opinião sobre determinada matéria a fim de carrear subsídios para a produção de ato da *administração ativa*.

Dito de outra forma: enquanto o colegiado emite opinião (não vinculante) sobre determinado assunto, o órgão do Poder Público, dotado de competência para celebrar o termo de parceria, haverá de produzir provimento administrativo visando *constituir situação jurídica*, necessariamente, após a manifestação daquele, sob pena de ser declarado inválido.[37]

Observe-se, ademais, que os Conselhos de Políticas Públicas devem *acompanhar* e *fiscalizar*, juntamente com o órgão do Poder Público celebrante do termo de parceria, os *resultados* alcançados com a execução do termo de parceria (art. 11, parágrafo 1.º), portanto, uma vez mais, detecta-se o exercício de atividade relativa ao controle da implementação regular e eficiente das práticas de fomento firmadas nesse instrumento de cooperação.

---

[36] O Decreto 3.100/1999 dispensa a consulta caso não exista Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente (art. 10, parágrafo 2.º), bem como outorga prazo de 30 dias ao respectivo Conselho, a contar da data de recebimento da consulta, para se manifestar sobre o termo de parceria (art. 10, parágrafo 3.º).

[37] Para o Prof. Hely Lopes Meirelles, são atos *enunciativos* aqueles em que a Administração se limita a certificar ou atestar um fato ou, ainda, *emitir opinião sobre determinado assunto* (parecer), não havendo vinculação a este enunciado. Todavia, o ilustre administrativista salienta com propriedade que o parecer pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e, por conseqüência, a sua ausência dará ensejo à nulidade do ato final (*Direito administrativo brasileiro*, p. 175-76).
O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que os atos de administração *consultiva*, dentro da classificação dos atos administrativos quanto à natureza da atividade, *visam informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa* (pareceres, informações). Os atos da *administração ativa visam criar, produzir, uma utilidade pública, constituindo situações jurídicas* (licenças, declarações de utilidade pública, concessões, etc.) (*Curso de direito administrativo*, p. 386).

Não se vislumbra a produção de *um querer normativo* no aludido preceito legal, mas a sujeição obrigatória da administração pública às regras preestabelecidas.

Entretanto, falta ainda dirimir uma dúvida de singular relevância: qual a exata extensão do controle exercido pelo Conselho de Políticas Públicas?

O controle relativo ao resultado decorrente da execução do termo de parceria tem como balizas fundamentais as cláusulas inseridas no instrumento de cooperação.

E a celebração do termo de parceria? Quais os parâmetros a serem observados pelo Conselho de Estado ao opinar acerca da formação do termo de parceria?

Em nosso sentir, o Conselho de Estado poderá exercer um controle relativo à conveniência e oportunidade, bem como à legitimidade da celebração do termo de parceria.

Na última hipótese, o controle exercido pelo Conselho de Políticas Públicas estará subordinado à Constituição Federal e às leis.

Existem princípios, diretrizes, mandamentos a condicionar a atuação da Administração Pública e que, portanto, serão cotejados pelos Conselhos de Estado quando da celebração da parceria.[38]

Vale observar, a título de exemplificação, que a assinatura de termo de parceria, cujo objeto compreenda a prestação de atendimento de assistência social, haverá de ser analisada pelo Conselho de Estado à luz dos objetivos concernentes a este direito (à *assistência social* – art. 194 *caput*) e consagrados na Carta Magna (art. 203, incisos I a V).[39]

---

[38] A Lei Orgânica da Assistência Social (Lei Federal 8.742/1993) prevê que os *programas* de assistência social "serão definidos pelos respectivos Conselhos de Assistência Social, obedecidos os objetivos e princípios que regem esta lei, com prioridade para a inserção profissional e social" (art. 24, parágrafo 1.º).

[39] O artigo 203 da Carta Magna fixa os seguintes objetivos da assistência social:
"I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

A Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993) no artigo 4.º, inciso I, fixa como um dos princípios da assistência social a "supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica".

Cumpre ao Conselho de Políticas Públicas, na hipótese ventilada, aferir se o termo de parceria a ser celebrado contempla o atendimento aos beneficiários da assistência social voltado às necessidades sociais ou, ao contrário, se prevalecem as exigências de rentabilidade econômica, o que impediria, nesta última hipótese, a assinatura do instrumento de cooperação.

Com efeito, o Conselho de Políticas Públicas haverá de zelar pela implementação de ação administrativa de fomento de acordo aos princípios e diretrizes previstos no sistema normativo. O princípio da *subsidiariedade* não elimina a participação do Poder Público no que se refere ao estabelecimento de normas e ao controle da prestação de serviços sociais pelas organizações privadas.

Se o Poder Público ocasionalmente não presta diretamente o atendimento à sociedade, mas a organização privada o faz incentivada (termo de parceria) por aquele, os Conselhos de Estado terão a incumbência de controlar estas iniciativas particulares de interesse coletivo a fim de que não se desviem dos limites fixados pela ordem jurídica.

A fiscalização exercida pelos indigitados órgãos colegiados visa não apenas cuidar da regular aplicação de recursos e bens

---

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;
IV – a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

Não há, portanto, respaldo constitucional para o registro no Conselho de Assistência Social de entidades prestadoras de atendimento na área da saúde, bem como a apreciação da assinatura de instrumento de cooperação com organizações desta natureza por esse conselho. Apesar de integrarem a Seguridade Social (art. 194, *caput*), a saúde e a assistência social diferem no tocante aos objetivos traçados pela Carta Magna.

públicos, mas assegurar a implementação de direitos constitucionais em favor dos administrados mediante a prestação dos serviços sociais, nos moldes dos princípios, diretrizes e objetivos traçados pelo sistema normativo.

Em suma, os Conselhos de Políticas Públicas representam órgãos colegiados, instrumentos da Administração Participativa e, no que se refere às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, desempenham atividade típica de controle, tanto dos resultados da execução do termo de parceria, quanto da celebração deste instrumento, sendo imprescindível realçar acerca desta hipótese, que se deparam com limites impostos pela Constituição e pelas leis.